

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2019/ 2020

TÍTULO:

La dispersa normativa autonómica en materia de tratamientos paliativos ¿Deben las Cortes Generales aprobar una ley de tratamientos paliativos?

WORK TITLE:

The scattered regional regulations regarding palliative treatment
Should the General Courts approve a palliative treatment law?

Por: Laro Hernández Riestra.

Director: D. José Ignacio Solar Cayón.

Resumen: Los tratamientos paliativos son carácter general aceptados por la mayoría de la ciudadanía. Sin embargo, debemos preguntarnos si están dentro del ámbito de protección de los derechos fundamentales o no.

En caso de estarlo cual es el tipo de legislación por la cual se deben regular, la ley ordinaria o la ley orgánica.

También, clarificar si ciertamente se deben regular por ley orgánica porque las Comunidades Autónomas han legislado en la materia, cual es la fundamentación jurídica en la que se han amparado.

Además, estudiar la proposición de ley del grupo parlamentario de Ciudadanos que fue registrada en el Congreso de los Diputados en la XII legislatura. Es la única propuesta registrada hasta la fecha, pero se debe analizar para saber si es acorde con los designios de la constitución española o no.

ABSTRACT: Palliative treatments are accepted by most of the citizenship. However, we wonder whether they are within the scope of protection of fundamental rights or not. And, if they are, what is the type of legislation by which they must be regulated, ordinary law or organic law. In addition, we are going to clarify if they should certainly be regulated by organic law because Autonomous communities have already legislated about the issue. Also, we'll study the proposed bill of the parliamentary group " Ciudadanos" that was registered in the Congress of Deputies in the XII legislature. It is the only proposal registered so far, and it has to be analyzed to confirm its accordance with the Spanish Constitution's designs.

ÍNDICE

Introducción.

- I. Tratamientos paliativos, eutanasia y auxilio al suicidio: aclaración conceptual.**
 - 1.1.- Concepto de tratamiento paliativo.**
 - 1.2.- Tipos de tratamientos paliativos.**
 - 1.3.- Figuras afines: eutanasia y suicidio asistido.**

- II. Los derechos fundamentales afectados: derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral.**

- III. El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales.**

- IV. Análisis de la legislación autonómica.**

- V. Estudio y valoración de la proposición de ley de Ciudadanos.**

- VI. Conclusiones.**

- VII. Bibliografía.**

Introducción.

La finalidad de este trabajo es arrojar luz sobre un asunto de vital importancia, bajo mi humilde opinión, en nuestro país, y es la necesidad o no de tener una legislación estatal que regule y apruebe el uso de tratamientos paliativos.

Es cierto que hay un gran número de Comunidades Autónomas que regulan la materia, ya sea de una manera explícita con una ley al uso o con remisiones en su carta magna particular – con la salvedad de la Constitución Española-, que son los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, otras Comunidades Autónomas – en adelante, CCAA- no gozan de tal normativa, lo cual me sugiere problemas incipientes.

En primer lugar, el hecho que unas CCAA cuenten con tal normativa y otras no, supone una desigualdad de derechos entre los ciudadanos de nuestro país. Teniendo en cuenta que se consagra la igualdad entre todos los habitantes del Estado en el artículo 2 de la Constitución Española – en adelante CE-, y además la igualdad como tal es un derecho fundamental consagrado en el artículo 14 CE, constituye una desigualdad que debe ser atajada por nuestro legislador.

En segundo lugar, además de esta desigualdad entre territorios que están dotados de legislación sobre la materia y los que no, también media una desigualdad entre los territorios que tienen diversas legislaciones autonómicas. Circunstancia igualmente dañina para el ecosistema de igualdad nacional entre territorios.

En tercer lugar, una vez constatada la necesidad de una regulación armonizadora que asegure la igualdad entre territorios, hito capital es la necesidad de esclarecer qué tipo de regulación es la idónea para asegurar esta igualdad. Se debe clarificar si es una ley orgánica, en amparo del artículo 81 CE, el tipo de ley acorde, teniendo en cuenta que los tratamientos paliativos tienen incidencia en derechos fundamentales, o una ley ordinaria auspiciada bajo el mandato que tiene el legislador de legislar las bases de la sanidad con afección en todo el territorio nacional, conforme al artículo 43 CE.

Para poder llevar a cabo la finalidad propuesta es necesario primeramente estudiar y analizar los tratamientos paliativos, así como otras figuras con similitudes, pero no iguales, como son la eutanasia o el auxilio al suicidio. Posteriormente, se deben poner en valor los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto o colisión con la aplicación de los tratamientos paliativos, que son los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física. A renglón seguido se debe esbozar de una manera sucinta el sistema de desarrollo legislativo de los derechos fundamentales.

Una vez alumbrado este bloque del trabajo más teórico, vamos a pasar a una zona del trabajo más práctica. Se analizarán las legislaciones autonómicas vigentes en España en la materia. Después, estudiare desde una vertiente formal y material la proposición de ley del grupo parlamentario de Ciudadanos que fue registrada en el Congreso de los Diputados en la XII legislatura.

Finalmente, se expondrán las conclusiones del estudio y se clarificará si es necesaria o no la legislación planteada, y qué tipo de legislación.

I. Tratamientos paliativos, eutanasia y auxilio al suicidio: aclaración conceptual.

En este apartado vamos a clarificar el significado y trascendencia de los tratamientos paliativos, así como de la eutanasia y el auxilio al suicidio, que son instituciones con cierta similitud que afectan a iguales derechos fundamentales, pero que no son lo mismo.

1.1.- Concepto de tratamiento paliativo.

En primer lugar, vamos a establecer una definición de los **tratamientos paliativos**, así como las características fundamentales para facilitar la comprensión del concepto.

Los tratamientos paliativos, utilizando una expresión de FERNANDO REY, constituyen *“una ayuda en el morir, no una ayuda a morir”*¹.

Esta remisión es fundamental para entender el concepto: no estamos hablando de acabar con la vida del paciente terminal sino de facilitar la muerte de este, que deje de tener unos padecimientos terribles en el momento de su muerte.

Esta concepción hoy en día es aceptada por la mayoría de la sociedad y, como he indicado anteriormente, aceptada en varias CCAA, pero no siempre fue así. Por tanto, entiendo que es de vital importancia escenificar de una manera breve cómo ha cambiado la mentalidad tanto de la sociedad como de la comunidad científica y jurídica a lo largo de los años.

Desde el inicio de las sociedades o estados modernos hasta la mitad siglo XX la concepción imperante en la mayoría de las sociedades avanzadas en el mundo ha sido el **sistema de beneficencia paternalista en relación con los cuidados paliativos** ².

¹ REY, F., “Los derechos clásicos de libertad”, en BIGLINO, P., BILBAO, J. M., REY, F., MATIA, J., VIDAL, J. M., (Coordinadores), *Lecciones de derecho constitucional II*, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2018, p. 502.

² BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, p.1.

El modelo giraba en torno al modelo tradicional de atención médica. El modelo consistía en que el médico, en la medida que es el facultativo y el experto en la materia, es el que debe valorar todas las circunstancias del caso concreto, sus conocimientos y experiencias y obrar en consecuencia, sin tener en cuenta la opinión contraria o favorable al tratamiento terapéutico del paciente. Además, como recoge VIVIANA M. GARCÍA LERENA, “*al negársele la posibilidad de tomar decisiones carece de sentido que se le proporcione información alguna sobre su situación clínica*”³.

Esta concepción es impensable hoy en día, en el que rige el modelo del consentimiento informado, y tiene un gran calado porque únicamente el que tiene la capacidad decisoria es el médico. Es más, la negativa al tratamiento puede llegar a ser considerada como un intento de suicidio⁴.

El facultativo que lleva a cabo las operaciones o tratamientos paliativos no es un ente sujeto a responsabilidad en la medida que actúe guiado únicamente por la objetividad y el buen hacer del conocimiento, sujeto al código deontológico de la época. Sin embargo, en la medida que sea acreditada una mala praxis puede llegar hasta tener responsabilidad penal, se puede entender como un ilícito penal esa intervención médica⁵.

A mediados del siglo XX esta concepción cambia. El *leading case* que sirvió para transformar o adaptar esta forma de actuar de los facultativos sucedió en los Estados Unidos de América en 1914 (caso *Schloendorff v. New York Hospital*). El supuesto de hecho versaba sobre una mujer que se encontraba inconsciente en un hospital y, sin su consentimiento, los facultativos decidieron extirparle un tumor. A consecuencia de ello perdió algunos dedos y por dicha razón demandó al hospital. El Juez que resolvió el litigio esbozó una doctrina que rompía con el *estatus quo* establecido, siendo realmente una doctrina innovadora para la época: “*todo ser humano adulto y en su sano juicio tiene el derecho de determinar qué se hará con su propio cuerpo*”⁶.

³ GARCÍA LERENA, V. M., *Una concepción Iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principio de Asturias (JGPA) y Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), 2011, p.11.

⁴ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, p.2.

⁵ Cfr. GARCÍA LERENA, V. M., *Ibidem*, p.13.

⁶ Cfr. GARCÍA LERENA, V. M., *Ibidem*, p.14.

A raíz de esta resolución se reconoce que es el paciente quien decide acerca de aquellas cuestiones que pueden tener incidencia en su persona.

A partir de esta sentencia se configura la **doctrina del consentimiento informado o de la autonomía del paciente** en la segunda mitad del siglo XX. Contenido que pasó a formar parte de la *lex artis* médica y a recibir reconocimiento expreso entre los derechos del paciente. A partir de este momento, si un facultativo realiza una operación sin el consentimiento expreso de su paciente, puede ser civilmente responsable. (responsabilidad extracontractual si se trata de facultativos privados o responsabilidad patrimonial en caso de cirujanos pertenecientes al servicio público de salud).

Este nuevo modelo, relacionado con el principio de la autonomía de la voluntad, supuso un cambio radical en la relación entre pacientes y facultativo. El cambio de paradigma es notorio: ahora el paciente decide si acepta o no la intervención o tratamiento, en función a sus creencias y concepciones personales, y después de una información del facultativo de pros y contras de la intervención decide si la acepta o no, incluso cuando puede suponer la propia muerte.

La repercusión en los **tratamientos paliativos** es notoria. El uso de estos puede llegar acortar la esperanza de vida de las personas, sin embargo, el uso de los mismos con carácter general esta tan arraigado en la sociedad actual que se aceptan ⁷.

Obviamente, como todos sabemos, el derecho no puede tener soluciones absolutas, el derecho no es un mundo de negros y blancos sino más bien de grises. Hay cuatro excepciones en las cuales no es necesario que medie el consentimiento del paciente para llevar a cabo la intervención, sino que el facultativo en aras a sus conocimientos y en uso de parámetros objetivos deberá actuar.

Las cuatro excepciones son las siguientes: 1º Cuando la salud pública se pueda ver comprometida. 2º En situaciones de urgencia, por ejemplo, cuando una demora excesiva esperando a la aceptación o no del paciente pueda suponer un daño irreparable, incluso la muerte. 3º Cuando medie renuncia expresa a tomar decisiones de su situación clínica. 4º En los supuestos que se deba ponderar el privilegio terapéutico, cuando se pueda constatar

⁷ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, p.4.

que la circunstancia que el paciente sepa del conocimiento de su situación clínica puede hacer ineficaz el tratamiento ⁸.

Hay que destacar la rápida generalización de la doctrina esbozada en el seno de las decisiones médicas, hasta llegar a ser el sistema predominante en los países occidentales.

Llegados a este punto hay que recoger cómo este modelo se integró en el ordenamiento jurídico de nuestro país, teniendo en cuenta que esta doctrina es la que subyace en la esencia de los tratamientos paliativos en sus diferentes manifestaciones y la que inundará la ley que entendemos que debe regular y aprobar tales prácticas.

Ahora mismo las previsiones en esta materia están reguladas en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* -en adelante (LAP)-, que desarrolla plenamente y con garantías este sistema de la autonomía del paciente. Tiene su germen en el Convenio de Oviedo, esto es, el *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, de 4 de abril de 1997, ratificado por instrumento de 23 de julio de 1999, cuya importancia es destacada en el preámbulo de la ley:

“Cabe subrayar la relevancia especial del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. Dicho Convenio es una iniciativa capital: en efecto, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. El Convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa

⁸ GARCÍA LERENA, V. M., *Una concepción Iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principio de Asturias (JGPA) y Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), 2011, p.15.

a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias ; en este sentido, es absolutamente conveniente tener en cuenta el Convenio en el momento de abordar el reto de regular cuestiones tan importantes."

El Convenio entro en vigor el 1 de enero del año 2000. Podemos destacar de su articulado que se infieren tipos de tratamientos paliativos, como las conocidas como instrucciones previas en el artículo 9: *"Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad."* Y el consentimiento informado *estricto sensu* en el artículo 5: *"una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento, el cual puede ser retirado libremente y en cualquier momento"*.

Al margen de posteriores remisiones a la LAP, voy a recoger en este punto algunas a título descriptivo. En primer lugar, quiero destacar el artículo 2.3 *"El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles."* Una remisión más al modelo constituido que tiene relación también con el principio de autodeterminación individual del artículo 10.1 CE.

Además, considero conveniente dejar patente el concepto de tratamientos paliativos para la Organización Mundial de la salud (OMS). La OMS considera lo siguiente: *"los cuidados paliativos constituyen un planteamiento que mejora la calidad de vida de los pacientes (adultos y niños) y sus allegados cuando afrontan problemas inherentes a una enfermedad potencialmente mortal. Previenen y alivian el sufrimiento a través de la identificación temprana, la evaluación y el tratamiento correctos del dolor y otros problemas, sean estos de orden físico, psicosocial o espiritual."*⁹.

⁹ Página web oficial de la Organización Mundial de la Salud. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care>.

1.2.- Tipos de tratamientos paliativos.

Una vez acabado el repaso histórico acerca de la evolución desde el sistema paternalista de voluntades clínicas a un sistema de la autonomía de la voluntad o consentimiento informado, ahora vamos a recoger aquellos tipos de tratamientos paliativos más relevantes o de mayor calado, por su uso o por su aceptación social y jurídica.

a) **Rechazo a los tratamientos.**

Está dentro de la órbita de la autonomía del paciente. Esta técnica se basa en la negativa del paciente a recibir tratamientos clínicos bajo pretexto que esos tratamientos pueden ser una bagatela y no llevar a ningún fin curativo final, que debe ser asegurar una vida larga al enfermo. Esta negativa a la aceptación de tratamientos no es absoluta.

En palabras de CHUECA RODRIGUEZ, *“Los poderes públicos carecen de legitimidad para impedir actos de disposición sobre la propia vida que pertenecen al ámbito de lo que queda inaccesible al derecho”* ¹⁰.

En el seno de esta práctica tiene más repercusión que nunca la moral, ética o religión de cada sujeto, en la medida que tengan mayor calado en cada persona en aras de su libertad y capacidad de autodeterminación. Elecciones personales a todas luces capitales para negarse o no a recibir el tratamiento. Por esta razón se entiende que el derecho constituye un reducto que se queda fuera, puesto que es muy complicado establecer soluciones generales.

b) **Rechazo por el paciente de una intervención o tratamiento ya iniciados.**

Hay un supuesto similar al anterior que también está amparado por la autonomía del paciente, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del derecho a la integridad física y moral. Es el supuesto en el cual un paciente rechaza un tratamiento ya iniciado, por ejemplo, de quimioterapia, aunque esta acción le pueda repercutir en acabar con su vida. El facultativo le puede aconsejar que es mejor seguir con el tratamiento para incrementar

¹⁰ CHUECA RODRÍGUEZ, R. *“Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia”* en DS Vol. 16, 2008, XVI Congreso << Derecho y Salud >>, 2008, p.8.

las opciones de seguir con vida, pero en ningún momento se le puede negar la posibilidad de renunciar al tratamiento, está dentro del ámbito de aplicación de la autonomía del paciente.

Aunque esta sea la regla general, la doctrina no se expresa de forma unánime. La controversia radica en supuestos tales como pacientes que sufren enfermedades crónicas incurables pero estabilizadas o enfermos conectados a mecanismos de respiración asistida, en los que se discute si la acción de desconectar al paciente del mecanismo de respiración asistida se debe considerar una acción lícita o por el contrario ilícita. Una parte de la doctrina considera que la acción de desconectar el instrumento de respiración asistida va a provocar el fallecimiento del enfermo y, por tanto, constituye una práctica eutanásica. *Sensu contrario*, otra parte de la doctrina entiende que este hecho constituye una limitación del tratamiento terapéutico, porque no es la acción del facultativo la que acaba con la vida sino la propagación de la enfermedad, “*no se busca la muerte, sino que se acepta*”¹¹.

La mayoría de la doctrina se posiciona a favor de la segunda opción, pero hay una doctrina residual que es partícipe de la primera postura. Una muestra de esta última posición es la sostenida en el voto particular emitido al Dictamen 90/2007, de 28 de febrero, de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, “que defendió que la desconexión del ventilador sería un acto necesario y directo para causar la muerte y, por tanto, encuadrable en el tipo del artículo 143.4 del CP”.¹² El argumento de que constituye una práctica eutanásica también es defendido en el dictamen firmado por el Observatorio de Bioética del Instituto de Ciencias de la Vida de la Universidad Católica de Valencia, publicado en el número 72 de la Revista << Cuadernos de Bioética >> (2010).

c) **Voluntades anticipadas.**

Esta modalidad tiene su parangón en situaciones de extrema gravedad para la supervivencia del paciente, muy próximas al desvanecimiento o fin de la vida, la muerte.

¹¹ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, p.2.

¹² GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, M.V., “*Dignidad de la persona en el proceso de morir y muerte digna. Especial referencia al menor*” Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016, p. 176.

Un ejemplo prototípico es la decisión de suspender o no la ingesta asistida de hidratación y alimentos por vía intravenosa en enfermos vegetativos.

Llegados a este punto cabe preguntarse si una vez el paciente formuló anticipadamente su voluntad o no de ser objeto de tratamientos ante un grado tal de enfermedad, y si esta misma voluntad puede ser revocada mientras esta persona está en uso de poder discernir y elegir por ella misma. La respuesta nos la confiere la LAP, en concreto en el precepto octavo, apartado quinto: *“El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.”*

Destacamos el **Convenio de Oviedo**, en concreto el art. 9: *“Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.”* Sin embargo, hay que tener presente que el ejercicio del derecho esbozado con anterioridad no vincula al profesional de la medicina. Esto se debe a que pueden darse avances médicos que, de haberlos sabido el paciente en aquella época, es probable que su opinión a rechazar los tratamientos terapéuticos fuese otra distinta. En conclusión, se deben tener en cuenta esas voluntades anticipadas del paciente, pero sin dejar de poner en valor por ejemplo estos avances médicos, de manera que lo más aconsejable es decidir caso por caso y no establecer decisiones absolutas ¹³.

Al margen de estas decisiones a rechazar tratamientos terapéuticos, como en la mayoría de los ámbitos del derecho, hay una serie de excepciones tasadas en el ordenamiento jurídico, en aras de la salud pública, seguridad pública, etc. Estas excepciones están reguladas en el precepto número 26.1 del **Convenio de Oviedo** *“El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección de contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.”*

¹³ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *“Límites a la autonomía de voluntad e instrucciones previas: un análisis desde el derecho constitucional”* Volumen 20, Número 1. Enero-Junio 2010, p. 79.

d) **Sedación paliativa.**

Esta práctica es definida como aquella que supone la administración de fármacos en la cantidad precisa con la finalidad de disminuir la “*conciencia de un paciente en situación terminal*” o que padezca una enfermedad del tipo terminal, también con el fin último de reducir el sufrimiento o las dolencias de síntomas refractarios. Pero siempre debe mediar un consentimiento previo, dentro de la órbita de la autonomía del paciente. Un síntoma refractario es “*aquel que no responde al tratamiento adecuado, y para ser aliviado, precisa reducir la conciencia del paciente*”¹⁴.

Cabe preguntarse si estas prácticas pueden constituir una acción eutanásica o no. Mientras que la eutanasia activa acaba con la vida de una persona, estos tratamientos paliativos lo que hacen es mejorar la calidad de vida de enfermos terminales o enfermos graves. Aunque puedan suponer reducir las expectativas de vida, son una práctica que esta aceptada por la bioética. El fin único y primordial de estas prácticas es reducir el dolor de los enfermos, aunque secundariamente se pueda acortar las expectativas de vida.

Es una práctica que sigue los designios de la *lex artis*.

e) **Limitaciones del esfuerzo terapéutico.**

Existen otro tipo de acciones que sí constituyen un auténtico tratamiento paliativo, las conocidas como **limitaciones del esfuerzo terapéutico**.

Estas acciones se llevan a cabo cuando los esfuerzos sanitarios o terapéuticos que se están llevando a cabo, tales como instauraciones de soporte vital, van a constituir una acción inútil para asegurar una óptima calidad de vida futura del paciente. Persistir en las prácticas médicas supondría únicamente prolongar una situación clínica que no constituye una mejora.

Al margen de los diferentes tipos de tratamientos paliativos enunciados, existen una serie de prácticas que pueden llevarnos a pensar que también forman parte del modelo de los

¹⁴ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, p.5.

tratamientos paliativos, pero, al contrario, no forman parte de tal ámbito. Una de estas prácticas es la conocida como la **obstinación terapéutica**.

Es una práctica terapéutica que se realizaba a una persona que se encontraba en situación terminal o afectado con una enfermedad grave o incurable, y se llevaba a cabo con el objetivo de conferir un soporte vital. Sin embargo, son prácticas carentes de utilidad clínica. Simplemente favorecían continuar con la vida del paciente, la vida biológica, pero en ningún momento mediaba posibilidad real de mejoría o recuperación.

Para poder apreciar esta práctica hay que observar estos elementos clave: “*inutilidad o futilidad fisiológica de la intervención clínica*”. Antiguamente, en virtud del mero ejercicio de su voluntad, los facultativos realizaban estas acciones terapéuticas por razones principalmente morales, pero hoy en día toda la comunidad bioética internacional tipifica esta práctica como una práctica médica nociva. A colación de lo enunciado, el facultativo debe rechazar tales prácticas incluso contra la voluntad del paciente, entendiendo que la intervención sería contraria a la *lex artis* y no se puede aceptar ¹⁵.

Nuestras leyes reguladoras del derecho a una muerte digna rechazan de pleno esta práctica. Entienden que es un deber de los médicos evitar la práctica y lo tipifican como una infracción muy grave si hacen caso omiso a tal advertencia.

1.3.- Figuras afines: eutanasia y suicidio asistido.

Después de un análisis de los diferentes tipos de tratamientos paliativos aceptados, y haciendo alguna remisión a las diferencias latentes con figuras afines, ahora debemos explicar las notas principales de estas figuras. Las mencionadas figuras son la eutanasia y el auxilio al suicidio.

La eutanasia propiamente dicha, o eutanasia activa, está tipificada como delito de homicidio atenuado – homicidio eutanásico- en el Art. 143.4 C.P.: “*El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos*

¹⁵ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “*Límites a la autonomía de voluntad e instrucciones previas: un análisis desde el derecho constitucional*” Volumen 20, Número 1. Enero-Junio 2010, p. 87.

permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo “

El facultativo lleva a cabo la acción mortal, que producirá la muerte. La acción eutanásica debe estar auspiciada por una enfermedad de carácter mortal o terminal.

La eutanasia se sostiene bajo 3 notas principales: 1º Se desarrolla en un ámbito de estricta privacidad y personal. 2º Se produce por una renuncia personal del paciente. 3º La cooperación activa debe constituir actos necesarios y directos, a petición del paciente que padece una enfermedad grave y terminal que le produce dolores y padecimientos.

Parte de la doctrina entiende que es *“la acción de facilitar la muerte sin sufrimiento a los enfermos sin posibilidad de curación y que sufren”*. Necesariamente se deben acreditar y constatar enfermedades terminales ¹⁶.

Debemos pararnos y reflexionar sobre el siguiente aspecto. En la medida que el TC en la STC 120/1990/7 entiende que el derecho a la vida no incluye un derecho a la propia muerte, y con los designios del art. 143.4 C.P. que van en la misma dirección, entiendo que se debe concluir en el sentido que no se puede exigir a los poderes públicos que lleven a cabo actuaciones tendentes a poner fin a la vida. Postura también sostenida por CHUECA RODRÍGUEZ ¹⁷.

Sí miramos al panorama internacional, debemos destacar que la eutanasia está legalizada en Holanda, Bélgica y Luxemburgo. Y en Colombia *“su Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el castigo de las conductas eutanásicas tipificadas en el Código Penal.”* ¹⁸.

Una vez enunciada la eutanasia activa, voy a explicar el **auxilio al suicidio**.

Destacamos el **Suicidio médicamente asistido**: Se da cuando el facultativo, con previa y expresa petición del paciente, facilita el medio para llevar a cabo el fallecimiento y es

¹⁶ CHUECA RODRÍGUEZ, R. *“Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia”* en DS Vol. 16, 2008, XVI Congreso << Derecho y Salud>>, 2008, p.10.

¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p.11.

¹⁸ BELTRÁN AGUIRRE, J. L. *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el suicidio asistido: cambio sustancial de postura en su sentencia de 14 de mayo de 2013”*. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2013 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013, p.4.

el enfermo quién ingiere por su propia acción o medios la sustancia letal. Por ejemplo, si el médico prescribe una sustancia mortal en una determinada dosis, como pueden ser los barbitúricos, y el paciente ingiere dicha sustancia con la acción de su propio cuerpo.

Llegados a tal punto podemos preguntarnos si la acción del facultativo de suministrar la sustancia nociva obliga al paciente a ingerirla. La respuesta es no. La actuación del facultativo no es óbice para que el paciente que quiere dar por finalizada su vida pueda decidir no ejecutar el suicidio. En definitiva, puede en el último momento dar marcha atrás a su decisión.

La acción está tipificada en el Código penal en el precepto 143.2 C.P. “*Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*”

Esta posibilidad recogida de suicidio asistido o auxilio al suicidio es una posibilidad que introduce el legislador. Tipifica la acción, pero de una manera muy atenuada, haciendo gala de una opción de política legislativa, y más en concreto de política criminal, pero “*no viene exigida por ningún mandato constitucional*”. En esta línea podemos apuntar posibilidades similares en derecho comparado: “En Bélgica la *Loi relative á l’euthanasie* y en Holanda la *Ley 26691 Korthals-Borst* aprobada por el senado “¹⁹.

A modo descriptivo hay que tener en cuenta que estas prácticas están legalizadas en Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Suiza y el Estado norteamericano de Oregón. Y el Tribunal Supremo del estado de Montana lo ha declarado igualmente legal. Lo cual nos indica que estas acciones eutanásicas o pseudoeutanásicas están teniendo cada vez mayor aceptación en los países occidentales²⁰.

Sin embargo, debemos tener presente que la acción de retirar el tratamiento terapéutico pertinente o la desconexión de un aparato de soporte vital es una conducta lícita y, por tanto, no es una conducta típica del Código Penal. Esto es así bajo la siguiente perspectiva: la acción de retirar un tratamiento terapéutico es lícito porque supone una “*limitación del*

¹⁹ CHUECA RODRÍGUEZ, R. “*Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia*” en DS Vol. 16, 2008, XVI Congreso << Derecho y Salud>>, 2008, p.12.

²⁰ BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el suicidio asistido: cambio sustancial de postura en su sentencia de 14 de mayo de 2013”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2013 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013, p.2.

esfuerzo terapéutico ya que no es una <<acción>> sino <<omisión>>”, y acaba con la vida la propia enfermedad, no la acción de retirada de tratamiento que únicamente acorta las posibilidades de subsistencia, pero no es una acción directamente imputable para acabar con una vida. Por tanto, estaríamos en la esfera de los tratamientos paliativos y no en el suicidio médico asistido, práctica lícita ²¹.

La doctrina se postula de forma unánime en que para apreciar eutanasia debe mediar una conducta activa y directa ²².

II. Los derechos fundamentales afectados: derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral.

En este capítulo analizaremos la incidencia del derecho a la vida y a la integridad física y moral en los tratamientos paliativos. Acreditar la relación es hito fundamental de este trabajo, puesto que si se aprecia el tipo de legislación que se precisa es una ley orgánica. *Sensu contrario*, de no demostrar que los tratamientos paliativos están dentro de la órbita de derechos fundamentales, la legislación acorde para desarrollar esta problemática es la ley ordinaria.

En cuanto al **derecho a la vida**, para entender la relevancia de este derecho fundamental hay que atender a los designios marcados por el Tribunal Constitucional – en adelante TC- en relación con el contenido del artículo 15 CE: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”*

Debemos detenernos en la Sentencia del TC 53/1985, de 11 de abril. Es preciso saber que significa para el TC la vida en el ámbito de la ciencia jurídica. En este sentido, el FJ 5 de

²¹ BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el suicidio asistido: cambio sustancial de postura en su sentencia de 14 de mayo de 2013”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2013 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013, p.1.

²² REY, F., “Los derechos clásicos de libertad”, en BIGLINO, P., BILBAO, J. M., REY, F., MATIA, J., VIDAL, J. M., (Coordinadores), *Lecciones de derecho constitucional II*, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2018, p. 501.

la citada sentencia afirma que “la vida... es vida biológica, física y psíquica, desde su gestación hasta su muerte.”

Pero hay una parte confusa que va a ir *in crescendo* con el paso de los años, esta confusión se debe a la supremacía o no de este derecho sobre el resto de los derechos fundamentales. En el FJ3 se arroja luz sobre esta cuestión: “El TC no dice lo que evidentemente no puede decir: afirma que el derecho a la vida es un *prius* lógico y ontológico y un derecho fundamental esencial y troncal. Pero no dice que este derecho se imponga a otros derechos fundamentales, pues en la Constitución no hay una jerarquía entre derechos fundamentales. La relación entre derechos fundamentales se articula a través de la técnica de la delimitación de cada derecho y, para el supuesto de colisión entre derechos, mediante técnicas de ponderación y proporcionalidad.”

Este es el inicio de la doctrina del TC, que posteriormente se va delimitando y completando, en esta cuestión tan importante, como es una colisión de derechos fundamentales y la no primacía de unos sobre otros. La forma de proceder en caso de colisión de derechos fundamentales será la siguiente: se debe delimitar cual es el derecho que se debe “*primar*” en el caso concreto, esta delimitación se llevará a cabo bajo el uso de técnicas de ponderación y de proporcionalidad ²³.

Además, hay que dejar patente que el derecho a la vida en relación con la autonomía del paciente es el germen de situaciones de interés. Situaciones como la discusión acerca del aborto, la discusión de la eutanasia si se debe permitir o penalizar o admitir con ciertos límites y el objeto de nuestro estudio el uso de los tratamientos paliativos.

Con relación a la cuestión planteada el TC es proclive a la postura de preservar la vida y tiene contenido de protección positiva. Así lo dejó patente en el FJ.7 de la STC 120/1990 de 27 de junio: “El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de

²³ CHUECA RODRÍGUEZ, R. “Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia” en DS Vol. 16, 2008, XVI Congreso << Derecho y Salud >>, 2008, p.4.

terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho”.

En definitiva, el TC tiene el deber de preservar la vida y es plausible sostener que es contrario al suicidio asistido. Sin embargo, hay casos concretos que tienen matices que se deben analizar. En concreto la STC 120/1990, sentencia fruto de casos de presos de huelga de hambre que se niegan a la alimentación mínima necesaria para la subsistencia y añade el TC en el F. 7, si la finalidad es lícita, es decir, si la decisión recae en *“quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta... podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad”*.

Aunque el TC parece contrario al suicidio asistido hay que tener en cuenta que, en determinados casos, cuando una persona es plenamente consciente de sus actos, quiere acabar con su vida, únicamente le afecta a él esta decisión y no puede llevarlo a cabo por sus propios medios por un padecimiento físico. Se podría sostener por ejemplo que la alimentación forzada es ilícita. *“tampoco es descartable esta concreción por el legislador, siempre que se regulen los supuestos en los que proceda y se establezcan las estrictas garantías que impidan un uso fraudulento de dichas facultades”*²⁴.

En conclusión, hay casos en los cuales el legislador debe determinar que ampara antes: si un derecho de disposición sobre el propio cuerpo, incluida la disposición sobre la propia muerte, o la imposición, incluso coactivamente, de un derecho a la vida o a la integridad física. Pero lo que no puede hacer es prohibir de manera radical cualquier decisión sobre la propia muerte. Bajo mi punto de vista, entiendo que hay que ir al análisis del caso concreto, no soy partidario de soluciones tajantes en una materia con tantos matices y sensibilidades latentes.

En esta línea parece que se mueve el autor BASTIDA FREJEIDO: *“El TC debería modificar su tesis de que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva dirigido sólo a asegurar la vida física... la facultad de renunciar a un tratamiento... aunque ello suponga una muerte segura, es, además de un ejercicio de la libertad*

²⁴ BASTIDA FREJEIDO, F.J. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”. *Revista Española de la Función Consultiva*. ISSN: 1698-6849, núm. 16, julio-diciembre, 2011, p. 200.

personal – “decisión personalísima y libérrima”- un ejercicio del derecho fundamental a la vida.” ²⁵ .

Llegados a este punto hay que entrar en la incidencia que tiene el **derecho a la integridad física y moral** en el establecimiento de los tratamientos paliativos. Al igual que el derecho fundamental a la vida está recogido en el artículo decimoquinto de la CE: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral... “*.

El TC determino que efectivamente este derecho fundamental tiene una relación directa con la facultad de admitir o rechazar la asistencia de tratamientos paliativos. Esta incidencia o conexión está recogida por el alto Tribunal desde la anteriormente mencionada STC 120/1990, de 27 de junio. Al tenor de la doctrina esbozada es plausible que puede llegar a menoscabar el derecho a la integridad física y moral cuando se practiquen tratamientos médicos en contra de la voluntad de los enfermos. También, el tratamiento médico que se realice de forma preceptiva o coactiva puede constituir un perjuicio al derecho fundamental, excepto que medie remisión constitucional que lo ampare.

En esta línea doctrinal conviene traer a colación la STC 154/2002, de 7 de agosto. En esta sentencia entiende el TC que la negativa del paciente a que se realicen en su cuerpo un tratamiento médico es una acción que ampara el ámbito de protección del art. 15 CE ²⁶.

Una vez que hemos constatado la relación entre el derecho fundamental de la integridad física y el rechazo a los tratamientos médicos, debemos tener claro que la concepción del derecho va modificándose con el paso de los años. Al igual que cambia la concepción de la vida, las personas tendemos a querer tener más autonomía respecto de estos ámbitos.

Se entiende a la CE como una hoja de ruta, en la cual caben distintas concepciones a medida que se transforma la sociedad, pero con un mínimo denominador común, el marco esbozado por la CE o doctrina constitucional. Doctrina que tiene singularidades y se

²⁵ Cfr. *Ibidem*, p.203.

²⁶ CHUECA RODRÍGUEZ, R. “Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia” en DS Vol. 16, 2008, XVI Congreso << Derecho y Salud>>, 2008, p.5.

realiza para un caso concreto, lo cual requiere que para poder aplicarse posteriormente se debe dar una identidad del supuesto de hecho.

La CE establece en marco mínimo, en el cual el legislador no puede entrar, sin embargo, en el resto es libre de incluir sus intenciones ideológicas en la medida que no vulnere esta doctrina mínima esbozada por el TC. Se erige como garante del cumplimiento de la CE y, en definitiva, del respeto al estado de derecho democrático que impera en España.

Para concluir el análisis del derecho fundamental a la integridad física y moral, es menester valorar la jurisprudencia esgrimida en la STC 37/2011, de 28 de abril.

Tiene gran importancia esta sentencia porque pone de relieve los problemas jurídicos que se producen cuando se llevan a cabo intervenciones médicas sin consentimiento y con resultados desfavorables. Además, es esclarecedora en el sentido que se dilucida si el hecho de llevar a cabo una intervención sin informarle previamente de los riesgos y sus posibles consecuencias supone una lesión o no de su derecho a la integridad física y moral. En esta línea se determina en el FJ.3 que el precepto 15 CE protege contra todas las intervenciones realizadas sin consentimiento del titular *“El derecho del art. 15 CE protege, ... sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.”*

En virtud de esta sentencia se determina que el consentimiento informado forma parte del derecho fundamental a la integridad física y moral. Así queda acreditado en el FJ.4 *“El art. 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado; lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral”*. También queda patente en este FJ. 4 la circunstancia que la CE no recoge simplemente un derecho subjetivo a la protección del derecho fundamental en cuestión, sino que insta al legislador a que esta remisión debe presidir su actuación y debe establecer los medios necesarios para llevar a cabo la prestación del consentimiento ²⁷.

En el FJ.5 se da un paso más y se deja patente que esta falta de información previa a la intervención médica no está justificada ni con enfermedad mediante. Esta facultad del

²⁷ BASTIDA FREIJEDO, F.J. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”. *Revista Española de la Función Consultiva*. ISSN: 1698-6849, núm. 16, julio-diciembre, 2011, p. 186.

enfermo legitima para decidir los tratamientos médicos que desea que le practiquen. *Sensu contrario*, también engloba la potestad de rechazar las prácticas médicas que no quiere que le practiquen por el potencial riesgo para su salud que pueden provocar o el motivo que sea, puesto que ambas decisiones están amparadas por el derecho fundamental a la libertad física y moral: “ *el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad.* ”

Asimismo, continua el fundamento jurídico dejando plausible que la falta de información previa a llevar a cabo la intervención médica igualmente se traduce en un menoscabo del derecho a la integridad física. “*El consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.* ”

Para coronar los designios esbozados en la sentencia se traen a colación los supuestos en los cuales se exceptúa la necesidad del previo consentimiento antes de llevar a cabo los tratamientos médicos. Entre los supuestos destaca el riesgo para la salud pública y “*cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización*”. Al margen de estas excepciones, todas las intervenciones médicas deben estar autorizadas por el previo consentimiento al tenor del FJ. 7: “*la regulación legal- que obedece a las exigencias constitucionales- implica, de acuerdo con el contenido propio del derecho fundamental, que, en principio, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar*”

El culmen de este apartado, explicado de una manera sucinta, es que las prácticas o cuidados paliativos debemos encuadrarlos en el derecho a la integridad física y moral y representarlos en la autonomía del paciente, y no en el derecho a la vida.

Del mismo modo, la ineludible conexión del derecho fundamental a la integridad física y moral con el consentimiento informado, puesto que, como ya hemos analizado, la falta de información previa a la realización de las prácticas médicas supone un menoscabo al derecho fundamental.

III. El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales.

Una vez hemos constatado que los tratamientos paliativos se encuadran en el ámbito de protección del derecho a la integridad física y moral, en este punto del trabajo debemos de explicar, aunque sea de una manera sucinta, el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales.

Para entender el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales configurado en nuestra CE, debemos pararnos y analizar el artículo 53.1 CE *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). “*

De acuerdo con este precepto únicamente se podrán regular los derechos fundamentales mediante ley y siempre respetando su contenido esencial. Llegados a este punto debemos delimitar primero que tipo de ley dentro del ordenamiento jurídico es la aceptada para regular los derechos fundamentales y delimitar el significado del contenido esencial.

Por tanto, la primera forma de protección de los derechos fundamentales estriba en que únicamente podrán ser regulados por medio de ley aprobada por las Cortes Generales. Además, hay que dejar patente que se excluyen regulaciones de rango inferior a ley y las posibles limitaciones a derechos fundamentales –justificadas cuando la restricción tiene por objeto proteger otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente

protegidos- deben ser aprobados por el poder legislativo. En esta línea se ha pronunciado el TC en la STC 112/2006, de 5 de abril.

La CE no se detiene en precisar únicamente que el desarrollo de los derechos fundamentales debe ser por ley, sino que va un paso más allá y delimita que debe ser por ley orgánica, al tenor del artículo 81 CE. El constituyente instauró un sistema de mayoría cualificada para aprobar leyes orgánicas, bajo pretexto de ser leyes que, por la sensibilidad y calado de los temas que regulan, requieren una mayoría reforzada que las respalde. Escapándose de posibles intereses partidistas, leyes de consenso amplio y con vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico, salvo aquellos aspectos que deban adaptarse al nuevo contexto social imperante.

Sin embargo, el propio parlamento - aunque represente a la ciudadanía - puede intentar vaciar de contenido los derechos fundamentales con una regulación torticera por medio de ley orgánica, es decir, *“desnaturalizar uno de esos derechos o libertades fundamentales regulándolo de forma contraria a su esencia o ignorando lo que lo caracteriza como tal.”*²⁸. Llegados a este punto hay que dejar patente que el conocido como contenido esencial siempre y en todo caso debe ser respetado por el poder legislativo que vaya a regular los derechos y libertades fundamentales.

El contenido esencial es concebido por el TC en la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ.8 como *“aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”* Además, este contenido esencial es preexistente al desarrollo legislativo y se concibe como un límite a la actuación del legislador. En primer lugar, el conjunto de la sociedad es la que define *extra y pre-jurídicamente*²⁹, los ámbitos que se engarzan dentro del contenido esencial. Por tanto, hemos de concluir que el contenido esencial se configura al tenor del contexto social de la época. En segundo lugar, al margen de esta adaptación del contenido esencial en función de la época hay que sostener la postura de la existencia de un elemento nuclear en todo derecho fundamental que es lo que lo hace reconocible y lo diferencia de otros. Esta postura también es concebida por el Tribunal General de la Unión Europea, en el Caso DenizBank A.S. contra Consejo de la

²⁸ BANACLOCHE PALAO, J. “El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales por el poder legislativo, el poder judicial y el tribunal constitucional”. *Estudios Deusto*. ISSN: 0423-4847. ISSN-e: 2386-9062, Vol. 66/2, julio-diciembre 2018, p.22.

²⁹ Cfr. *Ibidem*, p.24.

Unión Europea, Sentencia de 13 de septiembre 2018, que ha definido el contenido esencial como “*sustancia del derecho o de la libertad de que se trate*”. El Tribunal Europeo modifica la palabra contenido por sustancia, pero la idea es la misma: un contenido nuclear que no se puede alterar. Sensus contrario, el legislador únicamente podrá delimitar el contorno del derecho.

El planteamiento de que el poder legislativo solo podrá regular el contorno del derecho fundamental es la tesis defendida por la mayoría de la doctrina. En palabras de MAGDALENO ALEGRÍA, “*la labor del legislador no se circunscribe a indagar el contenido auténtico del derecho, es decir, a buscar la única interpretación válida del mismo, sino que bastará, dado el sistema democrático y pluralismo político que consagra la Constitución, con realizar un desarrollo respetuoso con su contenido.*”³⁰.

En el supuesto de una legislación que contravenga este contenido esencial será el TC el garante que enarbole la defensa de los derechos fundamentales, y que podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley. Además, cualquier ciudadano, conforme al artículo 53.2 CE, puede dirigirse en primera instancia a los tribunales ordinarios y posteriormente al TC por medio del recurso de amparo, si entiende que se han menoscabado sus derechos o libertades fundamentales.

Otro aspecto de calado es dejar patente que los designios del artículo 53.2 CE no obligan al poder legislativo a desarrollar por medio de ley los derechos y libertades fundamentales, por tanto, se configura como un derecho. En la medida que desarrollar los derechos y libertades son un derecho del poder legislativo, no se configura esta posibilidad como una obligación, sino como un derecho, el derecho a desarrollar los derechos y libertades fundamentales.

En líneas generales, el legislador ha sido reacio a utilizar esta posibilidad. Bajo mi punto de vista se debe a que realmente constituye un reto delimitar al menos en sus principios básicos el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, y no extralimitarse. Además, hay que señalar que muchos ámbitos de los derechos fundamentales van más allá de meros intereses partidistas, se requieren mayorías amplias

³⁰ MAGDALENO ALEGRÍA, A. “Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales”. *El replanteamiento del principio de autonomía en el ámbito sanitario y sus límites: en particular, libertad de decisión y objeción de conciencia*, 2016, p.321.

sociales que las respalden y son temas que por la importancia que tienen no se quedan en meras disputas políticas, sino que tienen mayor repercusión en derechos como la vida.

En nuestro objeto de estudio, en relación con el artículo 15 CE, se han aprobado varias leyes que han afectado a la vida humana. Prueba de ello son la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida o la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Son leyes que abordan en cierta medida el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral, pero no hay una ley que delimite quién es el titular del derecho fundamental en estos supuestos controvertidos. No se delimita quien es el titular del derecho cuando el embrión está en el seno materno, no se establece concretamente quien es el titular del derecho, si la madre o el propio embrión.³¹

En los ámbitos antes indicados hay desarrollo legislativo. Sin embargo, hay otros ámbitos que son bajo mi concepción capitales, no hay leyes que los definan. Estos ámbitos son los siguientes: leyes que recojan que se debe entender por trato inhumano, trato degradante o la tortura. Y en relación con nuestro objeto de estudio, es por todos sabido que no hay una ley orgánica que regule los tratamientos paliativos, como tampoco hay una ley orgánica que regule la eutanasia. Entiendo que el siguiente paso debería ser legislar en estos asuntos y el primer aspecto a regular debería ser regular por medio de ley orgánica los tratamientos paliativos, al existir mayor consenso social en los tratamientos paliativos que en la eutanasia.

Un ejemplo de ley orgánica que debe ser el ejemplo para seguir para posteriores leyes orgánicas que regulen derechos fundamentales, es la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR). En la misma se delimita el contenido esencial de la libertad religiosa, se definen sus límites y su protección y posteriormente desarrolla aspectos accesorios.³²

³¹ BANACLOCHE PALAO, J, “El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales por el poder legislativo, el poder judicial y el tribunal constitucional”. *Estudios Deusto*. ISSN: 0423-4847. ISSN-e: 2386-9062, Vol. 66/2, julio-diciembre 2018, p.32.

³² Cfr. *Ibidem*, p.32.

IV. Análisis de la legislación autonómica.

En el ordenamiento jurídico de nuestro país nos encontramos con una serie de Estatutos de Autonomía – en adelante EEAA- que tienen preceptos referentes al proceso final de la vida y legislaciones que las desarrollan.

Hay que dejar claro la siguiente cuestión: los preceptos de los EEAA y las leyes autonómicas referentes al proceso del final de la vida no se refieren a la eutanasia activa directa recogida en el artículo 143 del Código Penal. Únicamente recogen los derechos que amparan a los pacientes en el proceso del final de la vida, entre los que se encuentran los tratamientos paliativos en sus distintas modalidades – vistas en el primer capítulo-.

Estas legislaciones son respuesta a una auténtica demanda social. Hoy en día las personas cada vez tienen más esperanza de vida, pero la vida se puede prolongar con sufrimientos que pueden ser innecesarios e inútiles que únicamente alargan la vida un poco más de tiempo, sufriendo enfermedades degenerativas o irreversibles. También ha cambiado la mentalidad de las personas, que entendemos que tenemos más derecho sobre nuestro propio cuerpo que en otros momentos de la historia. Con carácter general, los tratamientos paliativos son aceptados y queridos por la mayoría de la ciudadanía, para mejorar la calidad de vida de las personas en el proceso del final de sus vidas.

Ante esta exigencia social y ante la inoperancia del legislador estatal, que es el encargado de regular tales prácticas, varias CCAA se lanzaron a regular estos tratamientos. El proceso se inicia en el año 2006, primero se recogen en los EEAA y posteriormente en leyes autonómicas. A modo ejemplificativo señalamos el artículo 20 del EEAA de Cataluña *“Derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte. 1. Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte. 2. Todas las personas tienen derecho a expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que puedan recibir, que deben ser respetadas en los términos que establecen las leyes, especialmente por el personal sanitario cuando no estén en condiciones de expresar personalmente su voluntad.”*

Hay que dejar patente que con carácter general los preceptos de EEAA no generan derechos *per se*, no generan derechos subjetivos. Estos preceptos solo vincularán en la medida que las leyes autonómicas los hayan recogido, funcionan igual que los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la CE. Son principios que inspiran el conjunto del ordenamiento jurídico y se deben incluir en las legislaciones, en este caso autonómicas, pero no se puede invocar como un derecho subjetivo si no han sido recogidos en legislaciones posteriores.³³.

Luego hay leyes autonómicas que se configuran a raíz de remisiones a la voluntad de las personas en el proceso final de la vida en los EEAA. Hay leyes autonómicas en Andalucía, Navarra, Aragón, Canarias, Islas Baleares, Galicia, País Vasco, Madrid y Asturias.

Llegados a este punto debemos realizar un análisis de las legislaciones autonómicas en la materia, hasta la fecha estas son las leyes que tenemos en nuestro país:

- Andalucía: Ley 2/2010 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, de 8 de abril de 2010.
- Aragón: Ley 10/2011 de derechos y garantías de la persona en proceso de morir y de la muerte, de 24 de marzo de 2011.
- Navarra: Ley Foral 8/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, de 24 de marzo de 2011.
- Canarias: Ley 1/2015 de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, de 9 de febrero de 2015.
- Baleares: Ley 4/2015 de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir, de 23 de marzo de 2015.
- Galicia: Ley 5/2015 de derechos y garantías de las personas enfermas terminales, de 26 de junio de 2015.
- Euskadi: Ley 11/2016 de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida, 8 de julio de 2016.

³³ PÉREZ MIRAS, A. “*Muerte digna y estatutos de autonomía*” en Vol. 25 Extraordinario XXIV Congreso, 2015, p.98.

- Madrid: Ley 4/2017 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. De 9 de marzo de 2017.
- Asturias: Ley 5/2018 sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso final del final de la vida, de 22 de junio de 2018.
- C. Valenciana: Ley 16/2018 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida, de 28 de junio de 2018.

Con el objeto de delimitar los puntos en común y las diferencias voy a realizar el análisis de estas legislaciones en los aspectos referentes a este objeto de estudio, los tratamientos paliativos. Aspectos tales como las definiciones, el reconocimiento al derecho de los cuidados paliativos, el derecho a la información asistencial, el derecho a formular las instrucciones previas, el derecho a no ser informados, la información al paciente en caso de incapacidad, los límites del derecho a no saber, el reconocimiento al rechazo de los tratamientos, el derecho de asesoramiento y los Comités de Ética Asistenciales.

- **Definiciones.**

Analizando las definiciones que se dan en las legislaciones autonómicas la conclusión es clara, son definiciones muy similares o incluso idénticas. El conjunto de legislaciones pivota sobre unos principios estructurales comunes. Sin embargo, parece conveniente destacar las diferencias que hay entre unas y otras. Vamos a recoger las definiciones que entiendo que tienen mayor importancia.

En cuanto a las definiciones de “*calidad de vida*”, “*consentimiento informado*” y “*cuidados paliativos*”, todas las legislaciones acogen estas definiciones, pero con matices.

En concreto, con la definición de “*calidad de vida*”, aunque no hay diferencias entre los conceptos, unas definiciones son más amplias que otras. Mientras que Andalucía, Aragón, Navarra, Canarias y Baleares acogen una definición sencilla y prácticamente la misma – ejemplo, la definición de la ley de Navarra “*Satisfacción individual ante las condiciones objetivas de vida desde los valores y las creencias personales.*”- otras legislaciones van un paso más allá, tocando aspectos como los socioeconómicos o psicológicos en el caso de la legislación madrileña, o la definición de la ley gallega que acota la definición de

calidad vida en el ámbito de los cuidados paliativos “ *En el contexto de los cuidados paliativos, la calidad de vida se centra en diversas facetas de la persona, como la capacidad física o mental, la capacidad de llevar una vida personal y social satisfactoria, el logro de los objetivos personales, los sentimientos de felicidad y de satisfacción, así como la dimensión existencial o espiritual. En la expresión «calidad de vida» pueden identificarse cuatro componentes: bienestar físico, psicológico, socioeconómico y espiritual.*”

En relación con la definición de “*consentimiento informado*”, hay que destacar que Andalucía, Aragón, Navarra, Canarias, Baleares, Euskadi y Asturias se decantan por una definición tipo más escueta y con remisión a ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica – LAP-. Otras como Valencia o Madrid amplían la definición mencionando aspectos tales como que el consentimiento informado es un proceso gradual y continuado que en ocasiones se puede reflejar en un documento suscrito por el paciente. Sin embargo, destaca sobre todas las definiciones la definición gallega, que incluye las menciones anteriores, además hace referencia a la ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes y al Plan Gallego de cuidados paliativos.

En referencia a la definición de “*cuidados paliativos*” podemos distinguir entre las autonomías que incluyen en la definición problemas “espirituales” y las que aluden únicamente a problemas físicos y psicosociales como aspectos a valorar en la adopción de cuidados paliativos. Por esta primera opción se decantan todas las autonomías a excepción de Baleares y Canarias. Además, hay que añadir que Galicia, Madrid y Asturias añaden más contenido a la definición. En el caso de la legislación gallega es singular porque recoge la definición de la OMS (Organización Mundial de la Salud)

En cuanto a la “*declaración de la voluntad anticipada*” todas las autonomías han recogido la definición, con la salvedad que algunas lo nombran como “*documento de instrucciones previas*” o “*manifestación anticipada de voluntad*” en vez de “*declaración de voluntad anticipada*”. Recogemos a modo de ejemplo la definición de la legislación canaria “*Manifestación anticipada de voluntad: documento mediante el que una persona mayor de edad y capaz deja constancia por escrito de las instrucciones emitidas libremente sobre los cuidados y tratamiento de su salud o, en el caso de fallecimiento, el destino de su cuerpo, órganos y tejidos. La manifestación anticipada de voluntad deberá ser tenida*

en cuenta cuando su titular no se encuentre en una situación que le permita expresar su voluntad de manera libre, personal, actual, consciente e informada. También hay que tener en cuenta que hay CCAA que hacen remisión a las leyes autonómicas que han aprobado para regular la materia. Hacen remisiones a las leyes autonómicas Andalucía, Navarra, Baleares y Euskadi.

En relación con la *“limitación del esfuerzo terapéutico”* hay una serie de CCAA que incluyen la definición como Andalucía, Navarra, Galicia y Euskadi. Luego son singulares los casos de Canarias y Baleares que definen igual la práctica, pero la nombran de forma distinta, Canarias como adecuación del esfuerzo terapéutico y Baleares como adaptación de medios terapéuticos. El resto de CCAA no recogen la definición. Recogemos a modo de ejemplo la definición de Euskadi *“la decisión clínica de no iniciar o retirar las medidas de mantenimiento de la vida cuando se percibe una desproporción entre estas y los fines a conseguir.”*

La *“obstinación terapéutica”* la recogen todas las leyes autonómicas sin excepción. Las definiciones que recogen Andalucía, Aragón, Navarra, Baleares y Euskadi son idénticas:

“Situación en la que, a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía y afecta de una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, que únicamente prolongan su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación.”

El resto de las definiciones son muy similares, pero hay que destacar la definición gallega que es escueta cuanto menos, que únicamente recoge que es un tratamiento médico que prolonga la agonía de enfermos desahuciados, y la novedosa definición madrileña, que añade que es una mala práctica clínica y deontológica.

Respecto de las *“Medidas de soporte vital”*, todas las autonomías en cuestión, excepto Galicia, Euskadi y Asturias, han incorporado la definición. Dentro de los que han incorporado la regulación no hay diferencias sustantivas. Recojo a título ejemplificativo la definición recogida en la ley andaluza: *“Intervención sanitaria destinada a mantener las constantes vitales de la persona, independientemente de que dicha intervención actúe*

o no terapéuticamente sobre la enfermedad de base o el proceso biológico, que amenaza la vida de la misma”.

La “*Sedación paliativa*” es una práctica recogida en todas las legislaciones. Al igual que en la mayoría de las definiciones, sustancialmente se recoge la misma. A modo de ejemplo plasmamos la definición de la ley asturiana “*disminución deliberada de la consciencia del enfermo, una vez obtenido el oportuno consentimiento, mediante la administración de los fármacos en las dosis y combinaciones requeridas al efecto, con el fin de aliviar adecuadamente su sufrimiento o síntomas refractarios al tratamiento específico.*”

- **Reconocimiento del derecho a los cuidados paliativos.**

Este derecho es reconocido por todas las CCAA que han legislado en la materia. Se reconocen los derechos a los cuidados paliativos integrales, el rechazo y la retirada de la intervención, tratamiento de dolor y sedación paliativa.

Las diferencias en el reconocimiento de este derecho son mínimas, incluyendo todas las CCAA la posibilidad de prestar el derecho en el domicilio, añadiendo que si la casa es apta como recoge la legislación andaluza o que el hecho de prestar los cuidados en el domicilio no conlleve contraindicaciones como señala la legislación navarra.

- **Reconocimiento explícito del derecho a la información asistencial.**

La titularidad se reconoce por igual en todas las legislaciones. Consiste en el derecho que tienen las personas que se encuentran en el proceso final de vida a recibir la información derivada de su proceso asistencial de una forma tanto comprensible como adaptada a sus necesidades.

Además, se reconoce la posibilidad que personas afines al paciente puedan conocer la información, siempre que obviamente medie la autorización del paciente. Posibilidad recogida tanto en las leyes autonómicas como en el artículo 5.1 de la LAP.

Hay que indicar que el derecho a la información asistencial, no se concibe como un derecho absoluto, sino que tiene una serie de límites. Son los conocidos como **los límites del derecho a saber**.

La mayoría de las legislaciones establecen como límite a este derecho los designios recogidos en el art. 5.4 de la LAP y se determina lo siguiente: se puede limitar el derecho a la información asistencial por la existencia de un estado de necesidad terapéutica. La necesidad terapéutica se concibe como la potestad que tiene el médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas pueda perjudicar gravemente la salud del paciente. Además, en estos supuestos el médico acreditará razonadamente las circunstancias que le han llevado a tomar la decisión en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas que estén vinculadas al paciente por razones familiares o, de hecho.

- **Derecho del paciente a no ser informados.**

Este derecho se configura como una excepción al derecho que tienen los pacientes a recibir información clínica en el proceso final de la vida. Y consiste en lo siguiente: situaciones en las que, a pesar del explícito ofrecimiento de la información por parte del personal médico pertinente, los enfermos deciden que no les informen sobre su situación clínica.

La regulación es muy parecida en todas las legislaciones y vamos a destacar las legislaciones que difieren en matices del resto.

Se incluye un derecho interesante en la ley madrileña y valenciana, una vez invocado el ejercicio de este derecho se solicita el nombramiento de un representante que reciba la información y se deja constancia de la designación en la historia clínica. Aunque puede suceder que el paciente se niegue a nombrar a un representante.

El derecho a no ser informado no es un derecho absoluto y tiene límites. **Los límites al derecho a no ser informado** son los siguientes: razones en interés de la salud del paciente, de terceros, de la colectividad o de las exigencias terapéuticas del caso, debiendo hacer constar dicha circunstancia en la historia clínica.

Destacamos la ley navarra que, al contar con legislación propia en la materia, entabla una remisión a tal legislación, es la remisión al artículo 42 de la ley foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la comunidad foral de Navarra. Son los límites antes descritos *“Podrá restringirse el derecho a no ser*

informado cuando sea necesario en interés de la salud del paciente, de terceros, de la colectividad o de las exigencias terapéuticas del caso, debiendo hacer constar dicha circunstancia en la historia clínica.”

Hay que destacar la legislación asturiana. Recoge los mismos límites que la ley navarra *“al igual que cuando la misma sea necesaria por el interés de su propia salud, de terceros o de la colectividad o por las exigencias terapéuticas del caso”*, pero añade los contenidos en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública. Los límites contenidos en la ley orgánica son referentes a supuestos de enfermedades transmisibles *“Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.”*

Sin embargo, hay varias CCAA que no recogen los límites al derecho a no ser informado, como la ley de la CCAA valenciana o la ley de la CCAA madrileña. Considero que este es uno de los puntos que más distorsión plantea entre las normativas de las CCAA que recogen estos límites y las que no.

- Información en caso de paciente en situación de incapacidad.

La mayoría de las legislaciones cuando los pacientes se encuentran en situación de incapacidad lo que hacen es establecer un orden único que marca la prelación de la persona o personas designadas para conocer la información médica. A modo de ejemplo recogemos el orden de prelación de la legislación andaluza que es el mismo que el de la mayoría de las legislaciones.

“ Cuando la persona que se halla bajo atención médica esté en situación de incapacidad de hecho, a criterio de su médico o médica responsable, tanto la recepción de la información, como la prestación del consentimiento y, en su caso, la elección del domicilio para recibir cuidados paliativos integrales, a que se refiere el artículo 12.2, se realizarán, por este orden, por la persona designada específicamente a tal fin en la declaración de voluntad vital anticipada, por la persona que actúe como representante

legal, por el cónyuge o la cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, por los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado el de mayor edad, sin perjuicio de lo que pudiera decidir la autoridad judicial competente conforme a la legislación procesal” “En el caso de pacientes incapacitados judicialmente se estará a lo dispuesto en la sentencia judicial de incapacitación”

Conviene destacar el orden de prelación de la ley asturiana que se desliga de las anteriores e incluye específicamente en el orden de prelación al hijo mayor de edad *“Cuando, a criterio del médico responsable, la persona que se halla bajo atención sanitaria esté en situación de falta de capacidad para tomar decisiones, la recepción de la información asistencial corresponderá, por este orden: a) A la persona designada como representante en las instrucciones previas. b) A quien ostente su representación legal. c) Al cónyuge no separado legalmente o de hecho o persona vinculada por análoga relación de afectividad. d) Al hijo mayor de edad; si hubiese varios, serán preferidos los que convivan con la persona afectada y el mayor al menor. e) Al ascendiente más próximo de menos edad. f) A los parientes de grado más próximo y, dentro del mismo grado, al de mayor edad.”*

- Reconocimiento del derecho al rechazo del tratamiento.

Respecto al reconocimiento de este derecho, todas las legislaciones coinciden en que debe articularse por escrito e incluirse en la historia clínica.

Las diferencias se hacen patentes en relación con las legislaciones que determinan el estado en el que se debe encontrar el paciente, para aceptar la decisión del rechazo al tratamiento y las que no. Legislaciones como la andaluza, aragonesa y la canaria no especifican en qué situación o grado de enfermedad debe encontrarse el paciente para aceptar la decisión que toma de rechazar el tratamiento. Sin embargo, otras legislaciones como la gallega si especifican el estado en el que debe encontrarse el enfermo para aceptar su decisión de rechazar el tratamiento *“enfermedad irreversible, incurable, y se encuentre en estado terminal, o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, informada en forma fidedigna”*, la asturiana *“Toda persona que se encuentre en el proceso del final de la vida o que afronte decisiones relacionadas con dicho proceso”*, la

canaria “*Toda persona que se encuentre en el proceso final de la vida*” y la madrileña “*personas que se encuentren en el proceso de morir*”. Entiendo que estas remisiones son mejores que las que no especifican en qué estado se debe encontrar las personas a rechazar tratamientos, porque puede suponer una puerta a permitir suicidios si lo llevas a última instancia.

Además, hay que destacar un hecho llamativo. Las legislaciones que especifican el estado en el que se debe encontrar el paciente, son las últimas cuatro legislaciones aprobadas en la materia en España.

- **Menor de edad.**

Es uno de los ámbitos más peliagudos de estas legislaciones que es delimitar cuanto grado de autonomía dotan a los menores de edad para tomar las decisiones de la práctica o no en su propio cuerpo de tratamientos paliativos. Y en concreto el grado de autonomía se da a lo que podemos catalogar como “*menor maduro*” y hay que añadir que con pequeñas diferencias las legislaciones son homogéneas en este punto.

Todas las legislaciones se acogen a la siguiente posibilidad. En el supuesto que sea un menor de edad emancipado o mayor de 16 años no se puede prestar el consentimiento por representación, por tanto, la autonomía para estos menores es plena.

En cuanto a la figura del menor maduro la mayoría de las legislaciones hacen una remisión al artículo 9.3 c de la LAP, mediante la cual determinan que si el menor es maduro tanto emocionalmente como intelectualmente será este el que tenga toda la autonomía para decidir. *Sensu contrario*, si el menor no acredita esta madurez emocional o intelectual para comprender el alcance de la intervención serán bien sus padres o representantes los que tomen la decisión final, eso sí teniendo en cuenta la opinión del menor. El artículo 9.3 c de la LAP entabla una remisión a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a título ejemplificativo, destacar que la ley madrileña alude directamente a la ley orgánica sin aludir en este apartado a la LAP, lo que a mi juicio es anecdótico porque materialmente se reconoce el mismo derecho.³⁴

³⁴ GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, M.V., “*Dignidad de la persona en el proceso de morir y muerte digna. Especial referencia al menor*” Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016, p. 177.

Hay que destacar la ley vasca que no se remite a la ley 41/2002, sin embargo, hace alusión a normativa propia de esa CCAA, a los artículos 18 a 21 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. Es un sistema similar al reconocido en la normativa estatal.

Se desliga un poco de las posibilidades anteriores la ley aragonesa que atribuye la potestad de decidir en las intervenciones a las personas menores de edad y mayores de catorce años. Se las reconoce a estas menores potestades tales como otorgar documento de voluntades anticipadas y prestar el consentimiento informado. Solo en el supuesto que este menor mayor de catorce años no tenga la madurez óptima para decidir, decidirán si se le practican tratamientos paliativos, sus padres o representantes legales.

En este apartado me surgen dudas respecto a todas las legislaciones acerca de que debemos entender por un menor maduro. En qué momento y en cuestión de que variables o características se aprecia que ese menor es emocional e intelectualmente maduro. Entiendo que decidir sobre la madurez intelectual y emocional les corresponde a especialistas como psicólogos, aun así, es un ámbito cuanto menos con cierta controversia. Es un aspecto no recogido por las diferentes legislaciones.

- Derecho al asesoramiento en cuidados paliativos.

Es un derecho reconocido sin excepción por todas las legislaciones autonómicas. Este derecho al asesoramiento incluye la información relativa al estado de salud del paciente, así como los objetivos y finalidades de los cuidados que va a recibir.

Hay CCAA que van un paso más allá y recogen el propósito de elaborar un plan territorial de tratamientos paliativos, como Cantabria que cuenta con un Programa Integral de Atención Paliativa. Un plan que contemple la elaboración e implementación de protocolos de cuidados paliativos en todas sus vertientes, especialmente en residencias de mayores. A modo de ejemplo recogemos la remisión de la legislación asturiana *“La administración sanitaria elaborará un plan de cuidados paliativos que garantice un desarrollo territorial equitativo y que contemple la elaboración e implantación de protocolos de cuidados en el proceso del final de la vida, especialmente en residencias de mayores.”*

- **Reconocimiento de la función consultiva de los Comités de Ética Asistencial.**

Conviene destacar la función consultiva que tienen estos Comités en el ámbito de los tratamientos paliativos. Son Comités recogidos por todas las legislaciones autonómicas, con la excepción del país vasco. Los Comités de Ética Asistencial los podemos definir como el conjunto de un grupo de expertos de diversos ámbitos del conocimiento como filósofos, psicólogos o médicos que desde su perspectiva profesional estudian las cuestiones que puedan plantear problemas éticos e intentan emitir un dictamen (no vinculante) con una serie de respuestas fundamentadas racionalmente.³⁵

Destacamos la norma gallega que prevé la puesta en escena de la Comisión Gallega de Bioética, concebido como un órgano deliberativo y consultivo con potestad para emitir dictámenes no vinculantes en ámbitos de implementación de tratamientos paliativos.

Por último, hay que hacer alusión al caso singular asturiano por el número de comités consultivos con los que cuenta. Además del Comité de Ética para la Atención Sanitaria y Comisión Asesora de Bioética del Principado de Asturias, también se recoge la existencia del Comité de Ética en Intervención social y el Observatorio de la Muerte Digna y las Comisiones de Mortalidad.³⁶

Luego hay casos singulares: destacamos el caso de Cantabria, que no cuenta con una ley de estas características, pero si cuenta con un Programa Integral de Atención Paliativa, el caso de Castilla y León, que aprobó a comienzos del 2019 un proyecto de ley que regula el proceso en el final de la vida, o el caso de Cataluña, que tiene una remisión en su EEAA, pero no ha aprobado una ley autonómica, sino que instó al Congreso de los diputados en 2017 para que legisle la materia.

³⁵ PORFIRIO BARROSO, A. y CALVACHE PÉREZ, L. “Comités de ética asistencial (CEA) en España y en Europa”. *Publicado en la Revista Bioética y Ciencias de la Salud, Vol5 N°2. Sección: Investigación*, p.8.

³⁶ RUIZ MARTÍNEZ-CAÑAVATE, M. “El régimen jurídico de las comunidades autónomas respecto al proceso de muerte: un análisis comparado.” *Revista Iberoamericana de Bioética*, nº 11 / 01-13 [2019] [ISSN 2529-9573], 2019, p. 10.

Para concluir hay que clarificar la siguiente tesis. En este trabajo hemos dejado patente que los tratamientos paliativos y en general el proceso final de la vida son ámbitos que están dentro del espacio de protección del derecho fundamental a la integridad física y moral – remisión al segundo punto del trabajo-. Se ha constatado que el poder legislativo es el que debe desarrollar los tratamientos paliativos, en concreto las Cortes Generales y mediante ley orgánica, al tenor del artículo 53 y 81 CE.

Entonces debemos preguntarnos porque las CCAA han justificado jurídicamente entrar a regular esta materia, al margen de la demanda social existente.

Las CCAA se justifican esgrimiendo que regulan materia sanitaria. En la medida que el artículo 149.1.16 CE estipula que la competencia en materia sanitaria es exclusiva del estado sobre las bases y coordinación, y que son competentes las CCAA que hayan asumido competencias en sus EEAA en lo referente al desarrollo y ejecución de dichas bases en materia sanitaria. Esta fundamentación ha sido suficiente para regular aspectos del proceso final de la vida. A modo de ejemplo, la ley gallega, la Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas en enfermedades terminales.

37.

Sin entrar a valorar elementos materiales de estas legislaciones amparadas en el sistema de competencias compartidas bases-desarrollo, entiendo que son leyes que devienen inconstitucionales en ciertos puntos puesto que suponen un desarrollo al derecho a la integridad física y moral e incluso al derecho a la vida. Denotan inconstitucionalidad por defecto competencial, la competencia para desarrollar derechos fundamentales la tiene atribuida el legislador estatal por el cauce de la ley orgánica, al tenor del artículo 81 CE, por tanto, posibilidad que no puede acogerse las CCAA, aunque haya una demanda social plausible y notoria.

Esta postura parece que es avalada por el constitucionalista MAGDALENO ALEGRIA *“Las normas autonómicas suponen el desarrollo directo del derecho fundamental a la integridad física y moral o incluso, se puede llegar admitir que el derecho a la vida, por lo que se considera que tienen contenidos inconstitucionales desde una perspectiva formal, que no material. Se trata de normas que vulneran la reserva a Ley Orgánica*

³⁷ MAGDALENO ALEGRÍA, A. “Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales”. *El replanteamiento del principio de autonomía en el ámbito sanitario y sus límites: en particular, libertad de decisión y objeción de conciencia*, 2016, p.334.

establecida en el artículo 81 CE. Suponen un desarrollo del derecho fundamental en tanto que determinan su alcance. Cuando se delimita un derecho fundamental, esto es, cuando se determina su objeto, contenido y límites de un derecho fundamental se ésta desarrollando el mismo, actividad sometida a reserva de Ley Orgánica tal y como prescribe el art. 81 CE”³⁸.

En cuanto a justificar que la regulación del proceso final de la vida está incluida dentro de la esfera de los derechos fundamentales a la integridad física y moral e incluso al derecho a la vida, se argumenta en la segunda pregunta de este trabajo. Pero en ejercicio de justificar más esta postura recogemos la posición por la que se decanta BASTIDA FREJEIDO *“Fuera de discusión que la relación del derecho al consentimiento informado con algunos derechos fundamentales- y singularmente con el derecho a la vida y a la integridad personal- no es tangencial, sino que forma parte de su contenido y, en este sentido, su configuración debería hacerse por ley orgánica.”³⁹.*

Ha quedado constatado que están regulando aspectos de derechos fundamentales cuando ni el constituyente ni el TC han otorgado tal potestad a los parlamentos autonómicos, por tanto, son legislaciones desde una perspectiva competencial, que no material, con puntos inconstitucionales. Está claro que hay una demanda social en la materia, pero no por eso podemos obviar el sistema de desarrollo legislativo de derechos fundamentales que ideó nuestro constituyente y ha avalado nuestro garante constitucional, el TC. Suponen un menoscabo tanto del artículo 53 CE como del artículo 81 CE, además, de utilizar incorrectamente las posibilidades que brinda a las CCAA el modelo competencial diseñado en la CE.

Lo que a mi juicio constituye un exceso de las potestades autonómicas. Sin embargo, cabe preguntarse si desde que se inició este proceso legislativo autonómico los Gobiernos de España o el resto de los sujetos legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad - conforme al artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional - han interpuesto algún recurso de inconstitucionalidad contra

³⁸ Cfr. *Ibidem*, p.334.

³⁹ BASTIDA FREIJEDO, F.J. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”. *Revista Española de la Función Consultiva*. ISSN: 1698-6849, núm. 16, julio-diciembre, 2011, p. 182.

estas leyes alegando defectos de competencia. La respuesta es negativa, no han interpuesto ninguno de los sujetos legitimados recurso de inconstitucionalidad alguno.

En un primer momento puede parecer que hay diferencias notorias entre las diferentes legislaciones lo que supondría un menoscabo a uno de los principios estructurales de nuestro estado de derecho que es el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Sin embargo, no es así, son legislaciones muy similares y garantistas en la materia, aunque se tiene que ver con casos concretos si estas legislaciones resuelven los problemas que se plantean en el proceso final de la vida o no.

Además, hay que añadir que, en el año 2014, el Comité de Bioética del Consejo de Europa aprobó una Guía para el proceso de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida (Bioethics Committee, Council of Europe. *Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations*, noviembre, 2014.) Y con el hecho de incluir los principios rectores como beneficencia, los comités de ética asistencial, la autonomía del paciente en la esfera del consentimiento informado. Se puede concluir que las normativas autonómicas relativas al proceso del final de la vida van en la línea marcada por el Consejo de Europa.⁴⁰

No es menester indicar que la verdadera desigualdad en la materia entiendo que se produce entre las CCAA que han regulado la materia y las que no. Los territorios que han regulado la materia pueden disfrutar de estas normativas garantistas e innovadoras, sin embargo, los ciudadanos de territorios en los que no se ha legislado en la materia, no se pueden beneficiar.

Entiendo estas desigualdades son muy graves sobre todo en asunto capital como es el proceso en el final de la vida de las personas. Llegados a este punto cabe preguntarse si el legislador estatal va a seguir estando inoperativo o va a sumir sus deberes constitucionalmente atribuidos y va a legislar en la materia, y claro por medio de ley orgánica.

⁴⁰ RUIZ MARTÍNEZ-CAÑAVATE, M. “El régimen jurídico de las comunidades autónomas respecto al proceso de muerte: un análisis comparado.” *Revista Iberoamericana de Bioética*, nº 11 / 01-13 [2019] [ISSN 2529-9573], 2019, p. 11.

V. Estudio y valoración de la proposición de ley de Ciudadanos.

En este apartado voy a llevar a cabo un análisis de la proposición de ley de bases del grupo parlamentario ciudadanos en las Cortes Generales tanto en aspectos materiales como aspectos competenciales. Intentare clarificar si realmente el legislador estatal por medio de una ley de bases puede regular esta materia que entiendo con parte de la doctrina que está incluido dentro del ámbito de los derechos fundamentales, por tanto, se debe regular por ley orgánica. Además, teniendo en cuenta que hay legislaciones autonómicas en la materia vamos a comparar los aspectos de mayor relevancia.

La proposición de ley fue registrada en el Congreso de los Diputados y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, a fecha de 16 de diciembre de 2016, en la XII legislatura. Es una legislación continuista en la mayoría de los aspectos de las leyes autonómicas y complementaria a estas en la medida que se configura como una ley de bases para tender a evitar desigualdades entre territorios y tejer un mínimo de derechos en toda España. Es cuanto menos llamativo el hecho que la proposición de ley se configure como una ley de bases y no se incluya ninguna remisión a esta circunstancia en el título, por ejemplo, la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, como el resto de las leyes de bases hacen referencia a esta circunstancia.

Hay que destacar que tiene la mayor similitud con la ley autonómica madrileña que fue aprobada a fecha de 17 de marzo de 2017 con unos pocos meses de diferencia con el registro de la proposición de ley en el Congreso. Además, hay que tener en cuenta que en el ejecutivo autonómico madrileño desde el cual se propulso la ley autonómica estaba presente el partido Ciudadanos, por tanto, el nexo entre ambos textos parece claro. También tiene similitudes con otras leyes autonómicas.

La estructura de la proposición de ley es similar a las leyes autonómicas y reconoce los principales derechos que se reconocen en las legislaciones autonómicas. Destacamos el reconocimiento del derecho a la información asistencial, el derecho a realizar

instrucciones previas, la información que se debe dar al paciente en caso de incapacidad, el reconocimiento al rechazo de tratamientos, el consentimiento informado, los derechos del menor de edad especial mención a la figura del menor maduro.

Luego una serie de derechos que están recogidos y vamos simplemente a mencionar para tenerlos presentes, pero no podemos entrar en ellos por estar fuera del objeto de estudio. Destacamos los comités de Ética Asistencial, el derecho a la intimidad, los deberes de los profesionales sanitarios implicados en el proceso final de la vida, derecho a la estancia en habitación individual o el apoyo a las familias y personas cuidadoras y el régimen sancionador o régimen de responsabilidades.

Llegados a este punto me voy a detener en los aspectos sustanciales que entiendo más relevantes de la proposición de ley.

En cuanto a las definiciones y principios estructurales son muy similares a los recogidos en las leyes autonómicas, por eso no los voy a volver a reproducir.

En relación con el reconocimiento del derecho a la información asistencial, cabe destacar que se reconoce en favor de las personas que “*se encuentren en el proceso de morir*” es una remisión muy similar a las CCAA que han especificado la situación en la que se debe encontrar el paciente para reconocerle el derecho. Además, se reconoce este derecho por representación. En ambos supuestos se debe reflejar la información por escrito.

En alusión al derecho a no ser informados está condicionado a designar por escrito a un representante que recabe la información por el paciente. En el supuesto que el representante se niegue a ser informado, se requiere al paciente a que nombre a otro representante a estos efectos. Es deseable que en este punto hubiese utilizado la posibilidad de la ley madrileña de incluir en la historia clínica por escrito la designación del representante por parte del paciente.

Al igual que en las leyes autonómicas el derecho a no saber no es un derecho absoluto, es un derecho que tiene límites o excepciones. El límite genérico al que se refiere la proposición de ley es la alusión al conocido como estado de necesidad terapéutico consagrado en el artículo 5.6 del proyecto de ley. Este límite se recoge en la LAP.

En cuanto al consentimiento informado sigue la proposición de ley los designios de la ley de la CCAA de Madrid, estableciendo que con carácter general el consentimiento informado se llevará a cabo verbalmente y dejando constancia en la Historia Clínica.

En referencia al derecho a rechazar tratamientos es cuanto menos curioso en este punto el proyecto de ley. En este derecho el proyecto de ley no precisa el estado en el que se debe encontrar el paciente para poder acogerse a este derecho, en este punto rompe con la tendencia de las últimas cuatro leyes autonómicas aprobadas en la materia que si recogen tal posibilidad. Y en relación con el límite a ejercer este derecho, únicamente se aluden razones de salud pública.

En relación con la información que se presta al paciente en caso de que este incapacitado es interesante el orden de prelación de representantes a los que se le remita la información en caso de incapacidad del paciente. El orden de prelación está recogido en el artículo 9.1 de la proposición de ley “a) *La persona designada específicamente a tal fin en la declaración de voluntad vital anticipada.* b) *La persona que actúe como representante legal.* c) *El cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad.* d) *Los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado el de mayor edad.* e) *En última instancia, quién decidan las autoridades judiciales.*” Es similar al recogido en las legislaciones autonómicas, como ya indicamos anteriormente el que más se desliga es la ley asturiana.

En cuanto a la figura de la menor edad no hay grandes variaciones con las legislaciones autonómicas, sin embargo, voy a dejar patente lo que a mi juicio es un error de coherencia legislativa. En el apartado anterior se hizo alusión a la figura doctrinal del menor maduro, ese menor que tiene la madurez tanto emocional como intelectual para tomar decisiones en cuanto a la aceptación de tratamientos paliativos. En la proposición de ley se reconoce la figura del menor maduro y se establece que en caso de que el menor de edad no sea ni emocional ni intelectualmente maduro serán sus progenitores o representantes los que muestren el consentimiento por él y en todo caso si el menor tiene 12 años o más debe ser oída su opinión. Cabe destacar que al igual que las legislaciones autonómicas, en caso de ser un menor de edad mayor de 16 años o emancipado no procede la figura de la representación.

Lo llamativo de este apartado en la proposición de ley es que establece una remisión y acoge el sistema de garantías para el menor que recoge la ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, ley del País Vasco. A mi juicio supone un error de coherencia legislativa porque esta ley vasca, sin entrar a realizar un análisis sustancial, tiene un ámbito de aplicación reducido a la CCAA de País Vasco, por tanto, incluir una remisión a esta ley desde una proposición de ley de bases no parece del

todo adecuado. Lo más lógico hubiese sido como hacen el resto de las legislaciones autonómicas es remitirse a la ley estatal -LAP- que a su vez alude a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, excepto la ley madrileña que alude a la ley orgánica directamente que también hubiese sido una posibilidad idónea.

En cuanto al reconocimiento del derecho a los cuidados paliativos integrales y al tratamiento del dolor, no hay grandes diferencias con las legislaciones autonómicas, pero hay aspectos interesantes a destacar. Se recoge la obligación que todos los centros hospitalarios, sociosanitarios tanto públicos como privados, deberán tener los medios óptimos para prestar los cuidados paliativos. Es interesante en aras de la igualdad efectiva que se incluya en esta remisión a los centros privados. También, se recoge la posibilidad que se puedan prestar en el domicilio del paciente, siempre que no suponga contraindicaciones, esta remisión es igual que la ley navarra. Además, he de señalar que en los supuestos que los enfermos terminales sufran de agitación se contempla usar en su favor medidas de sujeción mecánica, pero se constituye como una medida temporal hasta conseguir una correcta sedación.

Antes de entrar en esclarecer si competencialmente se puede regular este tipo de ley por medio de la ley orgánica, vamos a destacar un último aspecto de la proposición de ley. La proposición de ley está fundamentada bajo el concepto de la autonomía del paciente, una autonomía que al igual que en las leyes autonómicas en la materia o en la ley estatal -LAP- aunque sean leyes que reconocen gran derecho a los pacientes, tiene límites. En concreto tienen como límite principal la *lex artis*, sin embargo, en este punto se desliga la proposición de ley de las otras normativas. Tan plausible es que no recoge este límite que además pretende modificar el artículo 11 de la LAP conforme a la disposición final primera de la proposición de ley y establecer como único límite el ordenamiento jurídico.

Después del análisis de la proposición de ley de bases, salvo el fallo a la remisión de la ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia e intentar suprimir la *lex artis* como límite a la autonomía del paciente, entiendo que es una legislación garantista, que es similar y complementaria con las leyes autonómicas y responde a una demanda social.

Sin embargo, llegados a este punto no es baladí detenerse y preguntarse si los derechos del paciente en el proceso final de la vida o en el proceso de morir deben regularse bajo

la forma de la ley de bases. Mi respuesta es negativa, entiendo que este ámbito en la medida que regula directamente el derecho fundamental a la integridad física y moral e incluso se puede entender que también regula el derecho a la vida, como indica MAGDALENO ALEGRIA – remisión al final de la cuarta pregunta-, en la medida que regulan derechos fundamentales no puede regularse este ámbito ni por medio de ley de bases ni leyes autonómicas. Acorde con el artículo 81 CE puesto que regula aspectos esenciales de derechos fundamentales, se debe legislar este ámbito por medio de ley orgánica. Por tanto, la proposición de ley al igual que las leyes autonómicas tiene aspectos que considero como inconstitucionales por un defecto competencial.

Además, cabe resaltar que es cuánto menos significativo que en el preámbulo de la proposición de ley se alude a la Sentencia del TC de 28 de marzo de 2011 – mencionada en la pregunta segunda de este trabajo- en la cual el TC fallo que los tratamientos paliativos forman parte del aura de protección del artículo 15 CE “ *que el rechazo al tratamiento, intervención o procedimiento recomendado por los profesionales sanitarios forma parte del artículo 15 de la Constitución*” y no entiendo por qué si reconocen este hecho, luego se decantan por regular estas prácticas por medio de la ley básica.

VI. Conclusiones.

Llegados a este punto se debe concluir el estudio con una serie de certezas, reflexiones y aprendizajes en la materia.

En primer lugar, se debe tener claro que los tratamientos paliativos en todas sus formas no son prácticas eutanásicas. Los tratamientos paliativos se configuran como una ayuda en el proceso final de la vida, para tener menos sufrimientos y dolores, y aunque puedan acotar algo la esperanza de vida no supone una acción directa para acabar con la vida, como si hacen las prácticas eutanásicas.

Luego hay que dejar patente que hay una demanda social existente para regular los tratamientos paliativos en el conjunto de nuestra nación. Esta tendencia o corriente se ha articulado a lo largo de los años cambiando los parámetros establecidos en la doctrina bioética, médica y jurídica que a su vez han calado en la mayoría de los ciudadanos de los países occidentales.

Hay una variedad de leyes autonómicas que regulan la materia, en total 10 leyes autonómicas. Aunque en un primer momento creí que hay desigualdades entre estas legislaciones, lo cierto es que con matices y singularidades son legislaciones bastante homogéneas y no hay desigualdades relevantes. Aunque también es cierto que para saber si realmente son unas legislaciones acordes con la materia se deben analizar caso por caso, de momento no han trascendido casos en los cuales no hayan colmado las necesidades de los pacientes en este ámbito. Sin embargo, la desigualdad real que constituye el menoscabo tanto del artículo 2 como del artículo 14 CE, se constituye en las CCAA que no tienen legislación en la materia respecto de las que tienen regulación. Una circunstancia a mi juicio inaceptable y más en un ámbito capital en las personas como los tratamientos paliativos, al final supone la existencia dentro de un mismo país de ciudadanos con menos derechos que otros.

Los tratamientos paliativos considero al igual que los expertos BASTIDA FREJEIDO y MAGDALENO ALEGRIA, entre otros, forman parte o suponen un desarrollo directo del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral e incluso del derecho a la vida. Al tenor del sistema de desarrollo legislativo esbozado en nuestra carta magna, en el momento que se desarrollan derechos fundamentales el instrumento legal idóneo para regular estos es la ley orgánica. Por tanto, las legislaciones autonómicas adolecen de aspectos inconstitucionales.

En relación con la proposición de ley de ciudadanos destacamos que materialmente es similar a las legislaciones autonómicas y perfectamente complementaria a estas. Sin embargo, al igual que sucede con las leyes autonómicas adolece de aspectos inconstitucionales porque el medio para regular este ámbito es la ley orgánica y no una ley básica, en la medida que se desarrollan derechos fundamentales en estas normativas.

Es positiva la proposición de ley de ciudadanos desde la perspectiva que acaba con la inoperancia del legislador estatal que se mostró reacio a legislar en la materia, sin embargo, no es el instrumento por el cual se debe regular este ámbito. Puede ser que se decantase por una ley básica conforme a la circunstancia que en la legislatura XII el congreso de los diputados estaba fragmentado en muchos grupos parlamentarios y conseguir la mayoría requerida para aprobar una ley orgánica, era cuanto menos un proceso arduo y complicado, pero este hecho no puede ser óbice para no respetar el sistema de desarrollo legislativo vigente.

Considero que aprobar por medio de ley orgánica los tratamientos paliativos dentro del conocido como “*el proceso final de la vida*” es de vital importancia en nuestro país para acabar con las desigualdades que sufren los territorios que no tiene normativa en la materia y por el hecho que realmente parece acreditado que hay un gran respaldo social en este ámbito. Además, hay que tener en cuenta que en aras de la coherencia legislativa que debe imperar en nuestro sistema, regular este ámbito debe ser el paso a previo a plantear una ley que admita la eutanasia, que es un ámbito en el cual considero que si hay más discrepancias.

VII. Bibliografía.

7.1.- Manuales, monografías y artículos académicos.

REY, F., “Los derechos clásicos de libertad”, en BIGLINO, P., BILBAO, J. M., REY, F., MATIA, J., VIDAL, J. M., (Coordinadores), *Lecciones de derecho constitucional II*, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2018, p. 500-502.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, p.1-4.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el suicidio asistido: cambio sustancial de postura en su sentencia de 14 de mayo de 2013”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2013 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013, p.1-5.

Página web oficial de la Organización Mundial de la Salud.
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care>.

Seya MJ, Gelders SFAM, Achara OU, Milani B, Scholten WK. A First Comparison between the Consumption of and the Need for Opioid Analgesics at Country, Regional and Global Level. *J Pain & Palliative Care Pharmacother*, 2011; 25:6-1.

Lynch T, Connor S, Clark D. Mapping levels of palliative care development: a global update. *Journal of Pain and Symptom Management* 2013;45(6):1094-106.

GARCÍA LERENA, V. M., *Una concepción Iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principio de Asturias (JGPA) y Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), 2011, p.11-15.

CHUECA RODRÍGUEZ, R. “*Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia*” en DS Vol. 16, 2008, XVI Congreso << Derecho y Salud>>, 2008, p.5,8,10-11.

BASTIDA FREIJEDO, F.J. “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”. *Revista Española de la Función Consultiva*. ISSN: 1698-6849, núm. 16, julio-diciembre, 2011, p. 176-182,203.

BANACLOCHE PALAO, J, “El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales por el poder legislativo, el poder judicial y el tribunal constitucional”. *Estudios Deusto*. ISSN: 0423-4847. ISSN-e: 2386-9062, Vol. 66/2, julio-diciembre 2018, p.6,22,24,32.

MAGDALENO ALEGRÍA, A. “Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales”. *El replanteamiento del principio de autonomía en el ámbito sanitario y sus límites: en particular, libertad de decisión y objeción de conciencia*, 2016, p.321,334.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “*Límites a la autonomía de voluntad e instrucciones previas: un análisis desde el derecho constitucional*” Volumen 20, Número 1. Enero-Junio 2010, p. 79,87.

PÉREZ MIRAS, A. “*Muerte digna y estatutos de autonomía*” en Vol. 25 Extraordinario XXIV Congreso, 2015, p.98.

GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, M.V., “*Dignidad de la persona en el proceso de morir y muerte digna. Especial referencia al menor*” Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016, p. 176.

PORFIRIO BARROSO, A. y CALVACHE PÉREZ, L. “Comités de ética asistencial (CEA) en España y en Europa”. *Publicado en la Revista Bioética y Ciencias de la Salud, Vol5 N°2. Sección: Investigación*, p.8.

RUIZ MARTÍNEZ-CAÑAVATE, M. “El régimen jurídico de las comunidades autónomas respecto al proceso de muerte: un análisis comparado.” *Revista Iberoamericana de Bioética*, nº 11 / 01-13 [2019] [ISSN 2529-9573], 2019, p. 10,11.

7.2.- Legislación.

7.2.1.- legislación estatal.

Constitución española. <<BOE>> núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <<BOE>> núm. 281, de 24/11/1995.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. «BOE» núm. 55, de 04/03/2010.

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR). BOE» núm. 177, de 24 de julio de 1980.

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública. «BOE» núm. 102, de 29 de abril de 1986.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 239, de 05/10/1979.

7.2.1.- legislación autonómica.

Andalucía: Ley 2/2010 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, de 8 de abril de 2010. «BOJA» núm. 88, de 7 de mayo de 2010 «BOE» núm. 127, de 25 de mayo de 2010.

Aragón: Ley 10/2011 de derechos y garantías de la persona en proceso de morir y de la muerte, de 24 de marzo de 2011. «BOE» núm. 115, de 14 de mayo de 2011.

Navarra: Ley Foral 8/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, de 24 de marzo de 2011. «BON» núm. 65, de 4 de abril de 2011 «BOE» núm. 99, de 26 de abril de 2011.

Ley foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la comunidad foral de Navarra. «BON» núm. 139, de 15/11/2010, «BOE» núm. 315, de 28/12/2010.

Canarias: Ley 1/2015 de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, de 9 de febrero de 2015. «BOE» núm. 54, de 4 de marzo de 2015.

Baleares: Ley 4/2015 de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir, de 23 de marzo de 2015. «BOIB» núm. 44, de 28 de marzo de 2015 «BOE» núm. 96, de 22 de abril de 2015.

Galicia: Ley 5/2015 de derechos y garantías de las personas enfermas terminales, de 26 de junio de 2015. «BOE» núm. 228, de 23 de septiembre de 2015.

Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. «DOG» núm. 111, de 08/06/2001, «BOE» núm. 158, de 03/07/2001.

Euskadi: Ley 11/2016 de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida, 8 de julio de 2016. «BOE» núm. 175, de 21 de julio de 2016.

Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. «BOE» núm. 274, de 14 de noviembre de 2011.

Madrid: Ley 4/2017 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. De 9 de marzo de 2017. «BOE» núm. 149, de 23 de junio de 2017.

Asturias: Ley 5/2018 sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso final del final de la vida, de 22 de junio de 2018. «BOE» núm. 181, de 27 de julio de 2018.

C. Valenciana: Ley 16/2018 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida, de 28 de junio de 2018. «BOE» núm. 183, de 30 de julio de 2018.

7.3.- Jurisprudencia.

STC 120/1990/7, de 27 de junio.

STC 53/1985, de 11 de abril.

STC 154/2002, de 7 de agosto.

STC 37/2011, de 28 de abril.

STC 112/2006, de 5 de abril.

STC 11/1981, de 8 de abril.

Tribunal General de la Unión Europea, en el Caso DenizBank A.S. contra Consejo de la Unión Europea, Sentencia de 13 de septiembre 2018.

7.4.- Dictámenes y convenios.

Convenio de Oviedo. El *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, de 4 de abril de 1997.

Dictamen 90/2007, de 28 de febrero, de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía.

Dictamen firmado por el Observatorio de Bioética del Instituto de Ciencias de la Vida de la Universidad Católica de Valencia, publicado en el número 72 de la Revista << Cuadernos de Bioética>> (2010).

Bioethics Committee, Council of Europe. *Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations*, noviembre, 2014.